

Gli interventi e le Comunicazioni

Definizione e Ruolo dell'analisi di fattibilità delle leggi.

Metodi, Tecniche e Strumenti per l'attuazione dell'analisi di fattibilità delle leggi.

In questa sezione vengono pubblicati i contributi di Guido Alpa, Elena Bassoli, Carlo Cesare Carli, Giorgio Dellacasa, Massimo de Meo, Vittorio Di Ciolo, Maria Ravero e Giuseppe Manco sui temi e le problematiche attinenti alle tecniche legislative.

Guido Alpa

Professore ordinario di Istituzioni di Diritto Privato, Università "La Sapienza", Roma.

CONTRATTI DEI CONSUMATORI - DIRITTO COMUNITARIO E NOVELLAZIONE DEL CODICE CIVILE

1. Contratto e status dei contraenti

La disciplina generale del contratto quale risultante dal codice civile detta regole destinate ad applicarsi a tutti i contratti, salve le deroghe stabilite nell'ambito della disciplina speciale contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale. Secondo gli orientamenti dottrinali più recenti, mediante il processo di qualificazione e tipizzazione di ogni contratto impiegato nella prassi, si costruisce la disciplina da applicarsi, per modo che dapprima l'interprete deve ricorrere alla disciplina speciale e di poi, ove questa sia lacunosa o insufficiente, si ricorre alla disciplina generale. Il modello di contratto che emerge dalla disciplina generale contenuta nel codice civile si ispira al tipo della vendita, che è l'operazione economica più diffusa (e primordiale). Si tratta di un modello "neutro", indifferente alle modalità e condizioni in cui il contratto è concluso, e, soprattutto, alla posizione economico-sociale delle parti contraenti. La costruzione di questo modello neutro obbedisce essenzialmente a due scopi: uno scopo logico-sistematico, tale da assicurare uniformità linguistica, concettuale e operativa alle regole della materia, e uno scopo pratico, tale da costituire una base normativa sulla quale poi si adattano le regole inerenti alla categoria a cui appartiene il contratto concreto, e quelle inerenti al suo tipo.

Tuttavia, questo modello neutro deve essere combinato con le regole previste nei casi in cui una parte, o entrambe le parti, abbiano un proprio status giuridico, che interferisca con la loro capacità negoziale, provveda loro misure di protezione, etc. Ad es., il fatto che una delle parti sia "coltivatore diretto del fondo" rileva ai fini della applicazione della disciplina dei contratti agrari; il fatto che una delle parti abbia lo status di "lavoratore subordinato" rileva ai fini della applicazione della disciplina del contratto di lavoro e così pure se il contratto è concluso da una parte con status di "imprenditore".

All'interno dello status si possono poi distinguere regimi speciali, afferenti alla particolare posizione del soggetto (persona fisica, persona giuridica) e al tipo di attività che questo esplica: ad es., regole speciali sono riservate ai contratti conclusi dalle società di intermediazione mobiliare con i loro clienti; regole speciali sono riservate ai contratti conclusi dalle banche con i loro clienti; e così pure ai contratti conclusi dalle società di assicurazione con i loro clienti.

Da alcuni anni, per effetto della disciplina comunitaria, si è introdotta nell'ordinamento italiano una nuova figura, il "consumatore". Si tratta di una categoria economica e sociologica con cui si individua il soggetto (normalmente la persona fisica) destinataria di prodotti e servizi diffusi sul mercato dalle imprese, nel linguaggio comunitario, ove non si distingue tra categorie di imprenditori e di esercenti attività professionali, liberali e non, la controparte del consumatore è il "professionista". "Professionista" è colui (persona fisica o giuridica) che svolge professionalmente una attività economica, e quindi produce, distribuisce nei locali dell'impresa o fuori di essa, prodotti e servizi, ricorre al credito, e così via, compiendo atti riconducibili alla sua attività professionale. "Consumatore" è colui che compie atti al di fuori della sua attività professionale. La definizione di consumatore appare dunque residuale (perché, appunto, è consumatore chi non svolge, ai fini della disciplina del rapporto che si considera, una attività economica in modo professionale). Lo status di consumatore nasce in campo economico ove il consumatore inteso come homo economicus, che opera sul mercato come destinatario di beni e servizi e nel campo sociologico ove il consumatore è inteso come controparte debole dell'impresa, come soggetto

normalmente non informato sulle operazioni che compie, sulle caratteristiche di prodotti e servizi, non è provvisto di potere negoziale, è dotato solo della facoltà di scelta tra prodotti, tra servizi, tra offerte negoziali spesso identiche tra loro. Ora questo status si trasforma in uno status giuridico, acquista anche una valenza normativa, e il consumatore in quanto tale diviene destinatario di discipline informate (o che si dicono informate) a scopi di tutela e di protezione del pubblico destinatario di prodotti e di servizi. Nel tessuto normativo si possono individuare:

- regole o riferimenti di carattere generale contenuti nella disciplina di livello comunitario: è il caso degli artt. 39, 85 par. 3, 86, 100 A, 129 A, del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, come successivamente integrato e modificato dall'Atto unico e dal Trattato di Maastricht;
- direttive comunitarie rivolte a disciplinare singoli rapporti tra professionisti e consumatori quali: la direttiva sulle vendite compiute fuori dei locali commerciali del 20.12.1985, n. 85/77, la direttiva sul credito al consumo del 22.12.1986, n. 87/102, la direttiva sui viaggi, le vacanze e i circuiti "il tutto compreso" del 13.6.1990, n. 90/314, la direttiva sui contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di immobili (c.d. multiproprietà), del 26.10.1994, n. 94/47, la direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori del 5.4.1993, n. 93/13; in queste direttive si danno definizioni di consumatore, modellate sul tipo di rapporto disciplinato;
- direttive comunitarie che, pur non offrendo la definizione di consumatore, ne fanno menzione (ad es., la direttiva sulla pubblicità ingannevole, n. 84/450), o ad esso si riferiscono con altra terminologia (come quella di danneggiato, ex direttiva n. 85/374 sulla responsabilità del produttore);
- regole contenute nelle discipline di recepimento delle citate direttive, come il d.lgs. 15.1.1992, n. 50 sulle vendite fuori dei locali commerciali, il t.u. bancario recante norme sul credito al consumo (d.lg. 1.9.1993, n. 385, artt. 121 ss.), l'art. 25 della legge 6.2.1996, n. 52, recante disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria 1994) sulle clausole abusive, con cui si è novellato il codice civile (capo XIV bis, artt. 1469 bis-sexies);
- regole contenute nella legislazione speciale concernente la istituzione delle autorità di controllo degli erogatori dei servizi pubblici essenziali, etc.

In conclusione, sia per effetto della evoluzione interna all'ordinamento, che intende tutelare soggetti aventi una particolare condizione socio-economica, sia per effetto dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, si può dire che lo status dei contraenti non è più indifferente, come normalmente un tempo, alla disciplina del contratto, ma, di volta in volta, a seconda della disciplina applicabile, l'interprete dovrà accertare se lo status rivestito da una o da entrambe le parti contraenti rilevi e quali effetti abbia sulla disciplina applicabile al rapporto negoziale in concreto esaminato.

2. I contratti dei consumatori. Nozione

L'espressione "contratti dei consumatori" allude ad una categoria variegata di contratti, nei quali, per l'appunto, una delle parti è il consumatore; l'enfasi è portata sul consumatore, per sottolineare che questa è la parte cui il legislatore fa particolare riferimento nel dettare la normativa: una parte considerata più debole rispetto alla controparte, e quindi da tutelare. Tale espressione è intesa non tanto a ricomprendere i contratti che si istituiscono *tra* consumatori, ma solo i contratti che i consumatori concludano *con* i "professionisti". La stessa categoria potrebbe essere anche intitolata ai contratti dell'impresa con i consumatori; ma tale espressione non sarebbe del tutto corretta: da un lato, perché nella terminologia e nella classificazione di derivazione comunitaria oltre ai contratti conclusi dalle imprese si deve tener conto dei contratti conclusi da coloro che, pur non essendo imprenditori, esercitano tuttavia una attività economica in modo professionale e quindi costituiscono la controparte "forte" del consumatore; dall'altro lato, perché nell'ambito della categoria dei contratti d'impresa si ricomprendono anche i contratti *tra* imprese.

L'espressione "contratti dei consumatori" è variegata perché ricomprende i contratti di credito al consumo, i contratti di viaggio, i contratti di acquisto di beni e servizi, alcuni contratti bancari, i contratti di credito al consumo, etc.

Tuttavia, nel codice civile, come novellato dalla legge comunitaria per il 1994 (legge 6.2.1996, n. 52), l'espressione "contratti del consumatore" che figura nell'intitolazione del capo XIV bis, è rivolta a designare una disciplina che introduce *regole di portata generale* riguardanti i contratti conclusi tra il consumatore e il professionista, aventi ad oggetto "la cessione di beni o la prestazione di servizi". Queste

regole si appuntano prevalentemente sulle clausole inserite in tali contratti, stabilendo per esse una articolata disciplina. In questo contesto, dunque, si trattano gli artt. 1469 da bis a sexies del codice civile.

3. Origine della disciplina

La disciplina dei contratti del consumatore, nell'accezione restrittiva sopra indicata, trae origine dagli interventi comunitari tendenti a tutelare i consumatori nelle diverse fasi in cui si può scomporre il loro rapporto con i professionisti; il momento dell'informazione e della cattura del consenso, attraverso i messaggi pubblicitari, il momento del finanziamento, il momento della conclusione del contratto, l'eventuale produzione di danni per prodotti e servizi acquisiti. Del trattamento dei consumatori nella fase negoziale si cominciò a discutere in sede comunitaria, specie ad opera delle associazioni dei consumatori, intorno alla metà degli anni Settanta. Furono predisposti diversi progetti di direttiva, in cui si cercava, soprattutto, di offrire ai consumatori maggiori informazioni e maggiore trasparenza dell'operazione economica contrattuale, e di introdurre limitazioni alla libertà negoziale delle imprese (o dei "professionisti") nella redazione e nella imposizione di testi contrattuali ai loro clienti. Nel frattempo, in alcuni degli Stati membri, come in Germania, in Gran Bretagna, in Francia, si provvedeva ad introdurre discipline speciali sulle condizioni generali di contratto e sui contratti conclusi mediante moduli o formulari. Queste nuove regole valevano (e, in parte ancora valgono) per tutti i contratti conclusi mediante questa particolare tecnica di formazione, ma indirettamente tutelano la parte più debole del rapporto, che spesso è il consumatore. I modelli normativi erano (e in parte sono rimasti) tra loro difformi; quanto alla definizione di consumatore, quanto alle clausole da considerarsi nulle, inefficaci, non vincolanti, quanto alle modalità di conclusione del contratto, quanto al tipo di informazioni da fornire al consumatore, quanto al tipo di controllo (effettuato dal giudice ordinario ovvero da commissioni amministrative), e così via.

La disparità di disciplina finiva per comportare una disparità di trattamento tra consumatori nell'ambito del mercato europeo, e, di riflesso, disparità di trattamento dei professionisti. Là dove vigeva una disciplina di tutela, si avvantaggiavano i consumatori locali, ma non i consumatori di altro Stato, e, in modo simmetrico, venivano limitati nella loro libertà negoziale i professionisti, mentre erano liberi i professionisti nel cui Stato non vigevano discipline di protezione dei consumatori.

Per questa, ed altre ragioni, di carattere sociale, di uniformità normativa, l'intervento comunitario fu ritenuto irrinunciabile e urgente. Essendo la materia complessa, molteplici e gravi le pressioni degli interessati all'intervento e quelli invece ad esso contrari, solo nel 1993 la Comunità è riuscita ad approvare un testo normativo, sotto forma di direttiva, concernente per l'appunto le clausole "abusivae" contenute nei contratti dei consumatori (dir. CEE 5.4.1993, n. 93/13).

Al fine di consentire agli Stati membri di adeguare l'ordinamento interno alla nuova disciplina - alcuni avevano già provveduto a introdurre regole in materia, per altri si trattava di una materia ignorata - la direttiva prevedeva che gli Stati dovessero uniformarsi entro il 31.12.1994.

Lo Stato italiano non si uniformò in tempo debito, nonostante le iniziative assunte nel 1993 dall'allora Ministro degli Affari sociali e nel 1994 dall'allora Ministro dell'Industria. In Parlamento l'iniziativa comunitaria, inizialmente, non ebbe larga eco, sicché solo nel 1996 la direttiva è stata recepita, dopo un travagliato iter parlamentare e molteplici interventi, emendamenti, integrazioni e correzioni, di un testo che per gran parte riprendeva quello predisposto dalla commissione di esperti nominata originariamente dal Ministro degli Affari sociali. Il testo ha risentito di questo travaglio, sia dal punto di vista della inesatta terminologia, sia dal punto di vista della coerenza interna, sia dal punto di vista delle scelte compromissorie che riporta, sia, e soprattutto, dal punto di vista del coordinamento con la disciplina vigente in materia di condizioni generali di contratto e nei settori relativi alla disciplina speciale di categorie, di tipi, di clausole contrattuali.

4. Aspetti generali

a) Ambito di applicazione

Innanzitutto, occorre chiarire l'ambito di applicazione della disciplina di recepimento. Il principio di riferimento, per i contratti, è espresso con il brocardo "tempus regit actum", secondo il quale al contratto

si applica la disciplina vigente al momento della sua conclusione, salvo che successivamente non sia entrata in vigore una nuova disciplina con effetti retroattivi. Poiché il testo nulla dice al riguardo, si debbono considerare diversi periodi. Per i contratti conclusi anteriormente alla approvazione della direttiva, poiché essa non è retroattiva, si ritiene che la disciplina non sia innovata, e quindi si applichino gli artt. 1341, 1342 e 1370 (in questo senso v. Trib. Milano, 29.4.1996, ined.).

Per i contratti conclusi successivamente al termine di scadenza della moratoria concessa agli Stati per il recepimento (31.12.1994) si discute se la direttiva sia immediatamente applicabile, in quanto sufficientemente dettagliata e in quanto istituisce diritti soggettivi in capo al consumatore aderente. In questo senso, si avrebbe applicabilità verticale della direttiva.

Per i periodo successivo all'entrata in vigore, sono assoggettati alla nuova disciplina, oltre ai contratti conclusi posteriormente al 23.2.1996, anche i contratti a tempo indeterminato, conclusi precedentemente tale data e destinati ad esaurire i loro effetti dopo di essa, nonché i contratti rinnovati o prorogati sia anteriormente sia posteriormente a tale data.

In ogni caso, la disciplina di recepimento (in conformità al disposto della direttiva:

- non si applica alle clausole che riproducano disposizione di legge (art. 1469-ter, c. 3); atteso che l'espressione "legge" è più restrittiva dell'espressione impiegata nel testo della direttiva, e gli Stati membri sono stati abilitati a rafforzare la tutela dei consumatori, il significato della disposizione è nel senso che la nuova disciplina non si applica alle clausole che riproducano testualmente disposizioni aventi valore di legge, contenute cioè in leggi ordinarie e atti ad esse equiparati;
- non si applica nemmeno alle clausole che riproducano disposizioni o siano attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali di cui siano parti contraenti tutti gli Stati dell'Unione europea o la stessa Unione europea;
- si applica invece sia alle clausole previste da essa testualmente, sia alle clausole che in via interpretativa si possano ricondurre ad una o più di quelle previste testualmente, sia a quelle non previste, purché presentino i caratteri di vessatorietà previsti dal c. 1 dell'art. 1469-bis;
- si applica anche alle clausole non predisposte direttamente dal professionista, ma da terzi, e da questo utilizzate (art. 1469-bis, c. 2), sia alle clausole di altro contratto che sia collegato con o che dipenda dalle clausole contenute in un contratto del consumatore (art. 1469-ter); essa si estende dunque alle clausole di rinvio, o per relatio richiamate, o comunque assoggettate a regolamenti predisposti dal professionista o dalla pubblica Amministrazione;
- si applica anche ai contratti conclusi per atto pubblico, con l'assistenza di notaio;
- si applica ai contratti unilaterali e agli atti unilaterali, perché, coordinando la nuova disciplina con il disposto dell'art. 1324 cod. civ., si ritiene che siano ricompresi nell'ambito di applicazione anche i contratti con obbligazione di una sola parte (ad es. fideiussione) e gli atti unilaterali (ad es., lettera di patronage, rinuncia, etc.).

b) Collocazione nel titolo II ("Dei contratti in generale")

La disciplina di recepimento ha effettuato la scelta di collocare la nuova disciplina nel codice civile, con la tecnica della novellazione, e per di più nell'ambito della disciplina dedicata ai contratti in generale. In altri termini, si è esclusa la scelta di introdurre una legge speciale, e si è esclusa la scelta di inserire le nuove regole nel libro V sul lavoro, entrambe prospettate nei lavori preparatori e nel corso del dibattito parlamentare. Poiché l'interprete non può ignorare il significato di questa scelta, ne derivano due Conseguenze importanti:

- in caso di dubbio interpretativo, il nuovo testo (ancorché composto di regole inserite nel codice civile) deve essere interpretato alla luce della disciplina comunitaria, cioè alla luce della direttiva di cui costituisce l'attuazione (tenendo cioè conto della versione italiana e delle altre versioni della direttiva, nonché dei "considerando" apposti ad essa quale preambolo) e alla luce dei principi del diritto comunitario, ancorché letteralmente non richiamati;
- il nuovo testo deve altresì essere interpretato e coordinato con le regole contenute nel medesimo titolo, perché di regole generali esso si occupa, anche se destinate alla categoria di contratti dei consumatori.

c) Coordinamento con altre disposizioni

Nel codice civile e nelle leggi speciali sono numerose le disposizioni che si occupano di contratti predisposti e di contratti che abbiano come parte il consumatore. Il loro coordinamento, in assenza di regole ad hoc introdotte dalla nuova disciplina, deve essere effettuato sulla base dei criteri ordinari di interpretazione della legge e nel rispetto del diritto comunitario.

Con riguardo:

- alla disciplina delle condizioni generali di contratto (artt. 1341, 1342, 1370 cod. civ.) si ritiene che la nuova disciplina non sia sostitutiva, ma integrativa delle norme di codice già vigenti. In altri termini, gli artt. 1341, 1342, 1370 si applicano comunque ai contratti tra imprese; si applicano altresì ai contratti tra consumatori, ove una delle parti, avvalendosi di moduli o formulari, li imponga all'altra; quanto ai contratti dei consumatori, cioè ai contratti che le imprese, ovvero i "professionisti", concludono con i consumatori, gli artt. 1341, 1342, 1370 continuano ad applicarsi, in quanto compatibili con gli artt. 1469-bis-sexies. La controparte del consumatore avrà sempre interesse ad ottenere la sottoscrizione delle clausole vessatorie; ad es., perché esse possano essere efficaci le clausole che, ai sensi della nuova disciplina, non siano inefficaci ex se, oppure sia dubbio se siano inefficaci secondo la valutazione offerta dall'art. 1469-ter, oppure se si tratti di clausole non ricomprese nell'elenco di cui all'art. 1469-bis. Si deve però osservare che la gran parte delle clausole considerate vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c. 2 corrisponde all'elenco inserito nella nuova disciplina;
- all'art. 1229 cod. civ. (clausole di esonero o di limitazione della responsabilità), la sanzione in tale disposizione prevista è più grave, consistendo nella nullità, anziché nell'efficacia, essa prevale perché più protettiva per il Consumatore;
- alla disciplina prevista dalle regole di recepimento di altre direttive (in tema di multiproprietà, di vendite fuori dei locali commerciali, di viaggi), si applicano solo le disposizioni di tenore generale, ma non quelle che concernono singole clausole, perché tali discipline sono da considerarsi speciali, anche se anteriori al recepimento della direttiva in esame;
- alla disciplina di leggi speciali, la nuova disciplina prevale, sempre che le clausole non riproducono norme di legge.

d) Terminologia

Nel testo della nuova disciplina si usano espressioni non univoche; talvolta essa si riferisce alle clausole "vessatorie", talvolta alle clausole "abusivo". L'espressione "abusivo" è un refuso, tratto dalla inesatta versione del testo italiano della direttiva, poi entrato anche nel corpo del testo di recepimento inserito nel codice civile; le due espressioni si debbono quindi intendere come omologhe.

5. Principi generali

La nuova disciplina introduce regole di carattere generale destinate ai contratti dei consumatori, ma non è escluso che nell'applicazione giurisprudenziale esse possano essere applicate:

- ai contratti per i quali il bene o il servizio è acquisito dal consumatore per uso misto (cioè anche per lo svolgimento di una attività economica), ad esempio, l'acquisto di un veicolo per uso familiare e professionale;
- ai contratti conclusi non da un consumatore singolo ma da gruppi, associazioni, etc., non aventi scopo di lucro;
- all'artigiano e comunque al piccolo imprenditore; in ogni caso, potranno esplicare un "effetto di trascinamento", tale da persuadere chi predispose le clausole, o chi usa clausole già predisposte ad uniformarsi alla nuova disciplina anche se non direttamente applicabile, e quindi renderla di fatto applicabile anche ai contratti conclusi con imprenditori e professionisti, e non con semplici consumatori. Il primo principio consiste nella autonomia della volontà delle parti; il professionista è limitato nella sua libertà contrattuale perché, se inserisce clausole vessatorie, queste, ove siano ritenute tali dalla normativa, non sono efficaci; se sottoposte al vaglio dell'accertamento della vessatorietà; possono essere dichiarate inefficaci; restano però salve - ex art. 1469-ter c. 2 - le clausole che attengono alla determinazione dell'oggetto del contratto o al corrispettivo di beni o servizi (sempreché siano chiare e comprensibili) e le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale. La trattativa può consistere nella discussione dei contenuti in generale dell'intera operazione economica, e non

necessariamente deve aver portato ad una modificazione della clausola; si può ritenere avvenuta la trattativa se risulti che il consumatore abbia accettato clausole vessatorie a fronte di riduzione del corrispettivo di altri oneri che, in mancanza di trattativa, sarebbero stati posti a suo carico; non è trattativa se, in presenza di diverse opzioni previste in contratto, il consumatore ne abbia scelta una; né se la trattativa sia avvenuta tra associazioni di categoria, e non invece direttamente, o se sia avvenuta tra il professionista e un intermediario (ad es. il broker) non provvisto di rappresentanza del consumatore. La forma dei contratti del consumatore è libera, a meno che disposizioni di codice o deleggi speciali, anche di recepimento di altre direttive comunitarie prevedano la forma vincolata (nel caso, scritta). A questo principio si affianca il principio della chiarezza e comprensibilità delle clausole redatte per iscritto (art 1469-qua-ter). Nel dubbio prevale l'interpretazione favorevole al consumatore. Le clausole oscure o incomprensibili non sono dunque di per sé inefficaci, ma sono intese in modo favorevole alla parte più debole (in conformità anche all'art. 1370 cod. civ.). "Chiarezza" e "comprensibilità" devono essere apprezzate tenendo conto del consumatore ideale medio, non del consumatore che in concreto ha sottoscritto le clausole. Ci si può chiedere, tuttavia, se:

- il principio valga anche per i contratti conclusi verbalmente o per fatti concludenti;
- se il giudice possa tener conto delle circostanze del caso (ad es., il contratto è sottoscritto da un analfabeta, che sa fare solo la propria firma, oppure da persona che non può avvedersi delle sottigliezze del testo, ancorché scritto usando espressioni tecnico-giuridiche precise, oppure usando la terminologia propria della prassi negoziale); in entrambi i casi soccorre il principio generale di buona fede oggettiva, ex art. 1366 cod. civ., a cui la nuova disciplina non può certo derogare, perché essa è destinata a tutelare il consumatore, piuttosto che non a ridurre la tutela apprestata di per sé dall'ordinamento.

Il principio di buona fede è richiamato, con formula infelice, a proposito dei criteri di valutazione della vessatorietà delle clausole ("malgrado la buona fede", recita l'inciso di cui all'art. 1469-bis c. 1). Si discute se in questo contesto la buona fede debba intendersi in senso soggettivo (e sia quindi riferita al professionista, il quale, nonostante sia in buona fede, imponga al consumatore una clausola vessatoria) oppure debba intendersi in senso oggettivo; lo stato soggettivo del professionista è irrilevante; anche qui la buona fede è oggettiva, e corrisponde al principio espresso in altre disposizioni del codice riguardanti le trattative, la condizione pendente, la interpretazione e l'esecuzione del contratto.

Si discute anche se la buona fede sia requisito aggiuntivo al requisito dello squilibrio "giuridico" tra le prestazioni, e quindi se la clausola possa considerarsi vessatoria solo se sia in contrasto con la buona fede e comporti tale squilibrio; poiché il significativo squilibrio di per sé è una ipotesi sintomatica di contrarietà alla buona fede, non è necessario effettuare il doppio controllo e pretendere la compresenza di due requisiti, essendo sufficiente l'accertamento del significativo squilibrio.

6. Altre regole

Oltre ai principi sopra enunciati la nuova disciplina contiene regole di carattere generale che riguardano la valutazione di vessatorietà, gli effetti della declaratoria, le tecniche di controllo e la legittimazione ad agire. Quanto alla vessatorietà, la disciplina prevede tre diversi livelli (che corrispondono solo in parte a quelli introdotti in altri ordinamenti prima che entrasse in vigore la direttiva):

- clausole dichiarate comunque inefficaci, anche se oggetto di trattativa (art. 1469-quinquies c. 2); si tratta delle clausole che abbiano per oggetto o per effetto di escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o di danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista, clausole di scissione o di limitazione delle azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista, clausole che prevedano l'estensione dell'adesione del consumatore ad altre clausole che questi non abbia avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto;
- clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria (che si ritiene debba essere data dal professionista), contenute in numero di venti nell'elenco sub art. 1469-bis c. 3, e con le deroghe riservate, partitamente, e nei limiti indicati, ai contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi finanziari, di valori mobiliari, clausole riferite a indici di borsa e a tassi del mercato finanziario, valute estere, indicizzazione dei prezzi;
- clausole non contenute nell'elenco.

La vessatorietà deve essere valutata tenendo conto di due elementi: la contrarietà alla buona fede oggettiva e lo squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Il primo elemento potrebbe essere considerato anche superfluo, atteso il principio generale di buona fede; qui tuttavia tale elemento gioca un ruolo importante perché concorre con l'altro concernente lo squilibrio, per determinare un effetto che la violazione della buona fede oggettiva di per sé non ha, cioè l'inefficacia della clausola (la violazione della buona fede dà luogo infatti secondo il codice civile ad inadempimento alla risoluzione del contratto, e, ove del caso, al risarcimento del danno sia in presenza di domanda di adempimento, sia in presenza di domanda di risoluzione). Lo "squilibrio" presenta due caratteri: deve essere "significativo" e deve riguardare diritti e obblighi delle parti, cioè avere natura "giuridica", non economica. Il giudice non può valutare l'adeguatezza economica del corrispettivo del prezzo, etc., ma solo se:

- la singola clausola arrechi uno svantaggio al consumatore, ma non sia simmetrica ad altra clausola che arrechi analogo svantaggio al professionista;
 - la singola clausola sia collocata in un contesto che, interpretato complessivamente, anche tenendo conto delle altre clausole previste, non giustifichi lo svantaggio imposto al consumatore;
 - la singola clausola arrechi uno svantaggio che appaia significativo, nel senso che sia tale da squilibrare il rapporto tra la posizione del professionista e la posizione del consumatore.
- Si tratta di tre diverse operazioni interpretative che il giudice è chiamato a compiere, tenendo conto, precisa l'art. 1469-ter c. 1, della natura del bene o del servizio, delle circostanze esistenti, delle altre clausole. La prima è una operazione semplice, perché il giudice deve ricavare dal testo la convinzione, oggettiva, che la clausola sia svantaggiosa per il consumatore. La seconda è più complessa, perché la clausola deve essere considerata alla luce delle altre, e coordinata con esse. La terza è estremamente diffide, perché il giudice deve valutare l'equilibrio delle posizioni giuridiche previste dal contratto in modo complessivo: deve cioè raffrontare il contratto in concreto esaminato con un modello di contratto "equilibrato"; potrà prendere in considerazione modelli utilizzati da altri operatori del settore, se esistenti, modelli utilizzati all'estero, ma tenendo conto della relativa disciplina, modelli negoziati tra le associazioni di professionisti e di consumatori, ma sempre riferendosi alle posizioni giuridiche. Potrà scendere a considerare la determinazione dell'oggetto del contratto (ad es., clausole di delimitazione del rischio nel contratto di assicurazione) o l'adeguatezza del corrispettivo solo se tali elementi" (per usare l'impropria formulazione del testo) non siano chiari e comprensibili. E sempre che la clausola non sia stata oggetto di trattativa (individuale).

7. Regole speciali

Al di là di queste disposizioni riguardanti i contratti dei consumatori - regole espone, come si vede, in modo non sempre coerente, e con l'impiego di clausole generali, quali buona fede, chiarezza e comprensibilità, o di formule generali quali il riferimento alle circostanze di specie o alla natura del contratto - la nuova disciplina si occupa di clausole specifiche. Oltre alle tre, già menzionate, ritenute inefficaci di per sé dall'art. 1469-ter, l'art.1469-bis c. 3 elenca venti clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria. L'elenco corrisponde, con qualche integrazione, all'addendum apposto in calce al testo della direttiva comunitaria. Si tratta di una rassegna di clausole frequentemente utilizzate nei contratti predisposti dall'impresa, dirette a trasferire rischi al consumatore, a limitare gli impedimenti assunti da chi produce o fornisce prodotti e servizi, ad incidere sulla durata del rapporto, a consentire all'impresa di recedere o di variare il contenuto del rapporto, di limitare i rimedi a disposizione del cliente e così via. Poiché alcune di queste clausole si riferiscono ad aspetti delle vicende contrattuali che il codice civile già disciplina, la regola per il coordinamento delle disposizioni già vigenti con le nuove ora introdotte non è quella che fa prevalere le nuove sulle vecchie (entro i limiti indicati dall'art. 15 delle preleggi), bensì, ricorrendo alla interpretazione teleologica, è quella che fa prevalere la disciplina più favorevole al consumatore; sicché se la vecchia disciplina prevede disposizioni più favorevoli di quelle nuove, le prime prevalgono sulle seconde (è il caso, ad es., della disciplina delle clausole di esonero da responsabilità).

Per contro, là dove la nuova disciplina colpisca clausole che nel nostro ordinamento riproducono disposizioni di legge, queste clausole rimangono efficaci, in quanto proprio la direttiva, e quindi la disciplina di recepimento, fa salve le clausole riproduttive di norme. È il caso, ad es., del recesso dal

contratto di assicurazione (artt. 1893, 1898).

Gran parte delle clausole contenute nell'elenco corrisponde alle clausole che la giurisprudenza aveva già classificato come vessatorie, la cui efficacia è subordinata alla specifica sottoscrizione ex art. 1341 c. 2. È evidente, però, che la tutela qui apprestata è ben maggiore, in quanto nel caso dell'art. 1341 c. 2 la clausola è efficace, se sottoscritta; nell'art. 1469-bis la clausola si presume vessatoria - e quindi inefficace - fino a prova contraria.

8. Tipi di controllo e legittimazione ad agire

La disciplina di recepimento affida al giudice ordinario la competenza in materia di azioni Inibitorie e di azioni dirette a far dichiarare inefficaci le clausole vessatorie. Il controllo delle clausole vessatorie è dunque di tipo giudiziale, nel senso che spetta al singolo consumatore contraente promuovere l'azione per la declaratoria e alle associazioni (di consumatori e di professionisti) nonché alle Camere di commercio agire per l'inibitoria. La legge non prevede l'intervento ad adiuvandum delle associazioni o delle Camere di commercio nel procedimento intentato dal singolo consumatore, ma non è escluso che in via giudiziale tale intervento possa essere ammesso. In ogni caso, poiché la disciplina comunitaria di per sé, e la disciplina di recepimento, deve essere osservata oltre che dallo Stato e quindi dalla pubblica Amministrazione, anche dalle c.d. agenzie indipendenti (Banca d'Italia, Consob, Isvap, Autorità antitrust), quando la pubblica Amministrazione o tali agenzie dovessero emanare regolamenti afferenti clausole praticate nei confronti dei consumatori, esse non potranno ignorare la nuova disciplina, ma anzi uniformarsi ad essa e renderla applicabile.

9. La sanzione

La sanzione della clausola vessatoria di per se, presunta vessatoria e non smentita nel suo carattere delle prove addotte dal professionista, ovvero qualificata come tale in sede di valutazione, è l'inefficacia. Nei testi progettuali talvolta la sanzione era stata prevista in termini di nullità, ma il legislatore italiano ha considerato più opportuno ricorrere all'inefficacia: la scelta è felice, perché, ove si fosse trattato di nullità, si sarebbe poi aperto il problema inerente alla nullità parziale (art. 1419) e quindi il consumatore, ove la nullità parziale avesse travolto l'intero contratto, avrebbe potuto esserne pregiudicato sicché la sua tutela sarebbe stata sminuita anziché rafforzata.

Si tratta di una figura speciale di inefficacia, perché essa presenta caratteri peculiari:

- è inefficacia relativa, in quanto opera solo a vantaggio del consumatore (art. 1469-quinquies c. 3),
- è rilevabile d'ufficio dal giudice;
- è parziale, in quanto "il contratto rimane efficace per il resto" (art. 1469-quinquies c. 1). La Sanzione riguarda solo il contratto preso in esame dal giudice; non riguarda tutti i contratti esistenti sul mercato contenenti identica clausola dichiarata inefficace.

Di qui l'utilità di assicurare, oltre che una tutela individuale, anche una tutela collettiva, mediante la legittimazione ad agire per inibitoria concessa ad associazioni e alle Camere di commercio.

10. Considerazioni conclusive

Dottrina e giurisprudenza sono chiamate ora a compiere necessarie operazioni di ortopedia, di chiarimento, di specificazione (chiamate cioè a svolgere un lavoro forse un poco più gravoso del normale). Ma a questo compito sono chiamate anche le associazioni dei consumatori, le associazioni dei professionisti, le Camere di commercio. Si tratta di individuare le clausole vessatorie, e di richiamare su di esse l'attenzione dei consumatori, perché si rifiutino di sottoscriverle, oppure si rivolgano al giudice per farle dichiarare inefficaci; l'attenzione dei professionisti, perché anche stimolando la concorrenza - offrano ai consumatori contratti emendati, più equilibrati, più chiari e comprensibili; e l'attenzione delle Camere di Commercio, perché, avvalendosi dei poteri loro affidati dall'art. 1469-sexies, nonché dalla disciplina di riforma di questi enti (legge 29.12.1993, n. 580, art. 2 c. 4) la quale, oltre a prevedere poteri conciliativi e arbitrali alle Camere per risolvere controversie tra imprese e tra imprese e consumatori e utenti, prevede altresì il compito di predisporre e promuovere contratti-tipo tra imprese, loro associazioni e associazioni di tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti, nonché promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti.

La nuova disciplina dovrebbe portare ad una proliferazione di conflitti giudiziari, i cui esiti (magari scontati a favore dei consumatori) sarebbero comunque tardivi e poco efficaci, attesa la non estensibilità della res iudicata a tutti i contratti di serie, e la mancata sanzione della inottemperanza all'ordine del giudice emesso a seguito dell'accoglimento dell'azione inibitoria. L'esperienza pur breve dei primi mesi di applicazione della nuova disciplina mostra che l'intervento sulle clausole, per contro, è avvenuto o per iniziativa delle singole imprese, o per iniziativa delle loro associazioni di categoria, o per iniziativa delle associazioni dei consumatori, che hanno negoziato, e già raggiunto qualche utile risultato, per la eliminazione dai modelli contrattuali delle clausole vessatorie più vistose.